

# Aufsätze und Berichte

## Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht

Dr. Dan Wielsch, LL. M. (Berkeley), Frankfurt a. M.\*

Die zunehmende Bedeutung immaterieller Güter in der Wirtschaft verlangt nach Aussagen über die Reichweite von Schutzrechten im Wettbewerb. Fraglich ist insbesondere, inwieweit Schutzrechte auch über die Wettbewerbsbedingungen auf nachgelagerten Marktstufen entscheiden sollen, auf denen eine weitergehende Wertschöpfung stattfindet.

### I. Einführung

Das europäische Immaterialgüterkartellrecht ist in Bewegung. Durch seine Entscheidung in der Sache *IMS Health* hat der *EuGH* die Argumentation im *Magill*-Urteil, die seinerzeit eine lebhafte Diskussion ausgelöst hatte, bestätigt und in wichtigen Punkten fortentwickelt<sup>1</sup>. Im Fall *Microsoft* hatte das *EuG* jüngst diese Rechtsprechung auf die Interoperabilitätsverfügung der Kommission anzuwenden<sup>2</sup>. Gemeinsam ist den zu Grunde liegenden Sachverhalten, dass (potenzielle) Wettbewerber Zugang zu immaterialgüterrechtlich geschützten Informationen des marktbeherrschenden Unternehmens suchen, um auf einem verbundenen Markt tätig werden zu können, der Schutzrechtsinhaber jedoch den Geschäftsabschluss verweigert. Zum Problem wird damit die wettbewerbsrechtliche Verfassung von Folgemärkten, auf denen im Vergleich zum geschützten Gut eine erweiterte, ergänzende oder kompatible Leistung angeboten werden soll<sup>3</sup>. Die Lösung dieser Aufgabe wird für das Wettbewerbsrecht in dem Maße wichtiger, wie die Bedeutung immaterieller Güter in der Wirtschaft wächst und vorhandene Informationsprodukte in Wertschöpfungsketten zum Ausgangspunkt von weiteren, darauf aufbauenden Leistungen werden, die Dritte auf Downstream-Märkten erbringen. Solche derivativen Leistungszusammenhänge sind typische Nutzungsmodalitäten von Informationsgütern. Zum Problem für das Recht wird dieser Umstand durch die Unsicherheit darüber, wie weit die durch das geistige Eigentum vermittelte Kontrolle der Verwertung des Schutzgutes reicht. Die Antwort entscheidet über die Innovationspotenziale von miteinander verbundenen Märkten.

### II. Die wettbewerbsrechtliche Dimension des Immaterialgüterrechts

Unter der Begründung des Urheberrechts als subjektives Recht konzentriert sich die Aufmerksamkeit auf die wirtschaftliche Dimension der individuellen Rechtsposition (Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG). Hingegen scheinen Begrenzungen und Schrankenbestimmungen festgelegt auf die Durchsetzung freien Zugangs zu Informationen im Allgemeininteresse (etwa an gesellschaftlicher Debatte [Zitatrecht], Wissenschaft, Erziehung). Durch eine solche Betrachtungsweise wird leicht übersehen, dass die Beschränkungen des Urheberrechts und anderer Immaterialgüterrechte eine eigenständige Funktion für den Wettbewerb haben<sup>4</sup>. Die Befristung von Rechten, ihr Verbrauch nach dem Erschöpfungsgrundsatz, die Freistellung von Nutzungen im Urheberrecht, Zwangslizenzen im Patentrecht, Interoperabilitätsbestimmungen im Softwarerecht, seit kurzem etwa auch Zugangsrechte gegenüber technischen Schutz-

maßnahmen (vgl. §§ 95 a ff. UrhG), all diese Regelungen entscheiden auch darüber, ob und inwieweit der Schutzrechtsinhaber die Verwertung seines Werkes durch bestehende oder potenzielle Konkurrenten dulden muss<sup>5</sup>. So führt beispielsweise der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht (vgl. § 17 II UrhG) dazu, dass sich neben dem Primärmarkt für den Erstverkauf eines Buches auch Sekundärmärkte für den gewerblichen Weiterverkauf (Antiquariate) oder den privaten (eBay) bilden, die zugangsoffen und nicht vom Rechtsinhaber kontrollierbar sind. Wettbewerbsrechtlich betrachtet, enthält das Immaterialgüterrecht damit beides: Bestimmungen, die bestimmte wettbewerbliche Handlungen anderer verbieten (kein Imitationswettbewerb!), und andererseits Bestimmungen, die wettbewerbliche Handlungen anderer in Bezug auf ein und dasselbe Werk ausdrücklich erlauben und so zum Innovationswettbewerb beitragen.

Der immaterialgüterrechtliche Gesetzgeber muss daher ein informationsökonomisch angemessenes Konzept für den jeweiligen Sachbereich finden. Aus Sicht des Wettbewerbs steht dabei an erster Stelle die Festlegung der überhaupt schutzfähigen Gegenstände. Denn je eher die Schutzrechte allgemeine Informationen erfassen können, desto eher ist ein gleicher Zugang von Wettbewerbern zu den Grundlagen von Wettbewerb und damit den Anfängen von Wertschöpfungsketten nicht mehr möglich. Gerät dies nicht in den Blick, sind wettbewerbsrechtliche Nutzungskonflikte vorprogrammiert.

So ermöglichte im Fall *Magill* der irische Copyright Act damals ein Urheberrecht an der bloßen Zusammenstellung von Programminformationen (Programmvorschauen)<sup>6</sup>. Ohne Berufung auf dieses Recht, das in Spannung zu dem Grundsatz der Schutzfreiheit von Informationen und Tatsachen als solchen steht, hätten die Fernsehsender *Magill* nicht an der Publikation einer konkurrierenden Programmvorschau hindern können. Nach Auffassung der Zivilgerichte im Fall *IMS* handelt es sich bei der Bausteinstruktur, anhand derer das Unternehmen die Absätze von Pharmaprodukten erfasst, um ein nach § 4 II UrhG geschütztes Datenbankwerk; denn die Aufteilung des Bundesgebiets durch die Bausteinstruktur orientiere sich zwar an objektiven Kriterien (wie etwa Postleitzahlen), lasse jedoch hinreichend individuelle Entscheidungen bei Auswahl und Darstellung der Kriterien erkennen<sup>7</sup>. Gemäß dem erklärten Zweck der Datenbankrichtlinie, mit dem urheber-

\* Der Autor ist Habilitationsstipendiat der Fritz Thyssen Stiftung und am Institut für Wirtschaftsrecht, Prof. Teubner, tätig.

1) *EuGH*, EuZW 2004, 345 – *IMS Health*.

2) *EuG*, Beschl. v. 22. 12. 2004 – T-201/04 R. Rdurn. 206 ff. – *Microsoft*.

3) Zum Begriff des Folgemarkts vgl. Dreier, in: *Schricker et al.* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, 2001, S. 51 (55). Näher unter III.3 und 5.

4) Vgl. die instruktive Kritik bei Heide, in: *Hilty/Penkert* (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, S. 87 ff.

5) Die Bedeutung der Schrankenbestimmungen für den Wettbewerb belegt die Umschreibung der Grenze für Schranken von konventionsrechtlich garantierten Ausschließlichkeitsrechten im sog. „Drei-Stufen-Test“, wonach Beschränkungen und Ausnahmen u. a. nur in dem Umfang zulässig sind, in dem sie die „normale Auswertung des Werkes“ nicht beeinträchtigen. Vgl. Dreier, in: *Schricker* (o. Fußn. 3), S. 51 (62).

6) Zur irischen Rechtslage vgl. *Heinemann*, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung*, 2002, S. 489, Fußn. 1168, m. w. Nachw.

7) Vgl. *LG Frankfurt a. M.*, 12. 7. 2001 – 3 O 628/00; *OLG Frankfurt a. M.*, MMR 2003, 45 (46).

rechtlichen Schutz die Struktur einer Datenbank zu erfassen<sup>8</sup>, und unter Berücksichtigung der geringen Anforderungen an die Individualität der Schöpfung im Rahmen der „kleinen Münze“ des Urheberrechts<sup>9</sup> ist diese Qualifizierung durchaus vertretbar. Problematisch erscheint vielmehr die Erfassung der Bausteinstruktur als Schutzgegenstand überhaupt. Interpretiert man die Bausteinstruktur als eine bestimmte Methode der Datenerhebung, so fragt sich, ob nicht gegen den urheberrechtlichen Grundsatz verstoßen wurde, dass nur die Ausdrucksform eines Werkes schutzfähig ist, nicht jedoch die zu Grunde liegenden Ideen oder Methoden<sup>10</sup>. Bei der Bausteinstruktur von IMS stellt sich das Problem besonders scharf, weil die Methode auf Kriterien zurückgreift, bei denen es sich um grundlegendes öffentliches Wissen handelt<sup>11</sup>. Im Unterschied zum Sui-Generis-Schutz sind allerdings Zwangslizenzregelungen beim urheberrechtlichen Datenbankschutz nicht einmal erwogen worden<sup>12</sup>.

Ein wettbewerbsrechtlich angeordneter Lizenzierungszwang kann daher auch interpretiert werden als kartellrechtliche Korrektur eines Immaterialgüterrechts, das Exklusivrechte an Informationen auf der Anfangsstufe der Wertschöpfungskette vergibt, ohne die Konsequenzen für den Wettbewerb auf höheren Marktstufen zu beachten<sup>13</sup>. Natürlich setzt eine solche „externe“ Korrektur durch das Kartellrecht voraus, dass dessen Tatbestandsmerkmale vorliegen. Das zu weit ausgreifende Immaterialgüterrecht muss also am Markt wirksam geworden sein und dort zu einem kartellrechtswidrigen Zustand geführt haben<sup>14</sup>. Sind die Eingriffsvoraussetzungen aber gegeben, so liegt es durchaus nahe, dass die Wettbewerbsvorschriften eingesetzt werden, um zu verhindern, dass sich wettbewerbsrechtlich fragwürdige Entscheidungen des nationalen Immaterialgütergesetzgebers negativ auf das System des unverfälschten Wettbewerbs auswirken.

Sicherlich kann über das Gemeinschaftsrecht keine direkte Korrektur nationalen Immaterialgüterrechts erfolgen. Nach Art. 30, 295 EG liegt die Kompetenz zur Regelung des geistigen Eigentums bei den Mitgliedstaaten. Das EuG hat daher formal zu Recht die Auffassung der Kommission zurückgewiesen, ein nationales Schutzrecht könne auf seine Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht überprüft werden<sup>15</sup>. Realisiert sich aber die abstrakt in einem unausgewogenen Schutzrechtssystem angelegte Gefahr für den Wettbewerb, so lassen sich EuG und EuGH nicht davon abhalten, materiell eben doch in den „Bestand“ eines Rechts einzugreifen, auch wenn zur Legitimierung des Eingriffs „besondere Umstände“ verlangt werden. Weil schutzrechtsimmanente Schranken im Europarecht fehlen<sup>16</sup>, wird die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften zum funktionalen Äquivalent für Vorschriften, die einer Informationsmonopolisierung vorbeugen. Wie der Fall *IMS* zeigt, besteht aber auch in Bereichen harmonisierten Immaterialgüterrechts<sup>17</sup> wie dem Datenbankschutz Anlass zu einer erhöhten Aufmerksamkeit des Kartellrechts, wenn das Europarecht zwar die Möglichkeit der wettbewerbsfördernden Gestaltung von Schutzbereichsbegrenzungen hat, diese aber nur unzureichend ausfüllt. Gleiches gilt beim Schutz von Computerprogrammen, wo das Recht zur Dekompilierung von Schnittstelleninformationen, das Wettbewerber von *Microsoft* theoretisch zur Herstellung von kompatiblen Programmen benutzen könnten, in der Praxis leer läuft<sup>18</sup>.

Aber auch ein entsprechend sensibilisierter Gesetzgeber wird die wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Schutzrechte immer nur abstrakt bestimmen können<sup>19</sup>. Diese lassen sich nicht autonom aus den immaterialgüterrechtlichen Normtexten ableiten<sup>20</sup>. In bestimmten Wettbewerbssituationen realisiert sich die Integration des Immaterialgüterrechts in das Wettbewerbsrecht durch Letzteres.

### III. Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht für Folgemärkte

Kartellrecht ist immer dann aufgefordert, an der Verfassung des Wettbewerbs in Wertschöpfungsketten der Infor-

mationsindustrie mitzuwirken, wenn der Inhaber eines Schutzrechts über Marktmacht verfügt. Deren Auftreten wird durch bestimmte Phänomene erleichtert: Die Produktion von digitalen Informationsgütern ist gekennzeichnet durch sinkende Grenzkosten, was dazu führt, dass Marktpreise nicht mehr von Kosten, sondern von der Marktphase bestimmt werden, wobei überhaupt nur die Produkte überleben, die sich langfristig als Standards durchgesetzt haben<sup>21</sup>; wie der Fall *IMS* zeigt, können Standardisierungsphänomene aber auch am Anfang von Produktgenerationen stehen; Netzwerkeffekte, die den Nutzen eines Produkts mit seinem Verbreitungsgrad ansteigen lassen, können dazu führen, dass es auf lange Sicht nur einen einzigen Anbieter auf dem betreffenden Produktmarkt gibt. Treten solche Phänomene auf Märkten auf, die strukturell mit anderen verbunden sind, wie regelmäßig in der Computer- und Softwareindustrie auf Grund der Modularisierung der Produkte, so besteht die Gefahr der Beschränkung des Zugangs auch der angrenzenden Märkte durch das beherrschende Unternehmen<sup>22</sup>. Das europäische Kartellrecht zeigt sich dieser Gefahr gewachsen.

#### 1. Geschäftsverweigerung auf verbundenen Märkten und Wertschöpfungsstufen

Nach *Commercial Solvents* und *Télémarketing* ist eine Geschäftsverweigerung dann missbräuchlich, wenn das beherrschende Unternehmen die Abhängigkeit eines anderen Marktes ausnutzt, um seine Machtstellung auf diesen auszuweiten<sup>23</sup>. Eine Kongruenz von beherrschtem und vom

8) Vgl. Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 96/9/EG.

9) Auf den Gebieten der Harmonisierungsbestrebungen der EU zeichnet sich darüber hinaus die Tendenz zu niedrigen Anforderungen an die Individualität ab, vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, 2004, UrhG, § 2 Rdnr. 22.

10) Vgl. *Heinemann*, in: *Hilty/Peukert* (o. Fußn. 4) S. 207 (212). – Zum fehlenden Urheberrechtsschutz für Bewertungsmethoden von Daten vgl. *Gaster*, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, 1999, Rdnrn. 223 f.

11) Für die Kommission sind die verwendeten Bezugsgrößen „feststehendes Allgemeingut“, vgl. KOM, 3. 7. 2001, COMP D3/38.044, Rdnr. 131.

12) Zur Entstehungsgeschichte der Datenbankrichtlinie vgl. *Gaster* (o. Fußn. 10), insbes. Rdnrn. 564 ff. zur verworfenen Zwangslizenzregelung für das Sui-Generis-Recht.

13) *Ullrich*, in: *Bartsch/Lutterbeck* (Hrsg.), *Neues Recht für Neue Medien*, 1998, S. 177 (191) etwa hält zwangsweise Informationszugangsrechte für um so eher vertretbar, je allgemeiner die Information im Sinne einer gleichen Wettbewerbsbasis ist.

14) Das ist natürlich gleichzeitig der Nachteil des Kartellrechts als Korrektiv, da es nur ex post eingreift.

15) Vgl. *EuG*, 10. 7. 1991 – T-69/89, Rdnrn. 44, 66 und 75.

16) Die Schaffung neuer Eigentumsrechte durch die Gemeinschaft, die die nationalen Titel überlagern und bereichsspezifisch ein einheitliches europäisches Schutzrechtsregime konstituieren, ist die Ausnahme. Geschehen ist dies allerdings im europäischen Markenrecht in Form der Gemeinschaftsmarke, vgl. *Wichard*, *ZEuP* 2002, 23 (45 ff.).

17) Zu den Rechtsgrundlagen für Maßnahmen im Bereich des geistigen Eigentums vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-1985 Rdnr. 23 = *EuZW* 1995, 666 – Spanien/Rat; systematischer Überblick bei *Ullrich*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 403 ff.

18) Die Kommission sieht im Fall *Microsoft* die „Unerlässlichkeit“ einer Offenlegung der Schnittstellen nicht durch die Möglichkeit eines „reverse-engineering“ entfallen, da diese technisch kaum realisierbar, zu langsam auf den schnelllebigen Softwaremärkten und insofern keine stabile Basis für das Business-Modell eines Wettbewerbers sei. Vgl. KOM, 24. 3. 2004, COMP/C-3/37.792, Rdnrn. 683 ff. Zweifel an der Effektivität der Dekompilierungsvorschrift bei *Pilny*, *GRUR Int.* 1995, 954 (960), m. w. Nachw.

19) Vgl. GA *Gulmann*, Schlussanträge, Verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 Rdnr. 140.

20) Vgl. *Heinemann* (o. Fußn. 6), S. 493, der sich gegen die Rede von einem „extremen“ Sachverhalt im Fall *Magill* wendet.

21) Aus dem deutschen Schrifttum vgl. etwa *Hutter*, *AfP* 2000, 30; *Zimmerlich*, *WRP* 2004, 1260.

22) Zur Gefahr des „Leveraging“ auf Märkten für modulare Technologien vgl. *Wielsch*, *European Review of Contract Law (ECLR)* 2004, 95.

23) Vgl. *EuGH*, Slg. 1974, 223 Rdnr. 25 = *Beck Rs* 2004, 73398 – *Commercial Solvents*; *EuGH*, Slg. 1985, 3261 Rdnr. 26 – *CBEM*.

Missbrauch betroffenen Markt ist entbehrlich<sup>24</sup>. Denn die von Art. 82 EG adressierte Gefahr, die von wettbewerblich unkontrollierten Verhaltensspielräumen ausgeht, besteht nicht nur dann, wenn die Marktmacht auf dem beherrschten Markt eingesetzt wird, sondern auch dann, wenn Marktmacht auf dem einen Markt dazu benutzt wird, Freiräume auf einem anderen Markt zu schaffen<sup>25</sup>. Fallen beherrscher und vom Missbrauch betroffener Markt auseinander, ist jedoch, wie die Entscheidung *Tetrapak II* bestätigt<sup>26</sup>, eine enge Verbindung zwischen den betroffenen Märkten erforderlich, welche marktübergreifende Strategien ermöglicht und die Zurechnung des Verhaltens zur beherrschenden Stellung rechtfertigt<sup>27</sup>. Der von Art. 82 EG vorausgesetzte Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich missbräuchlichen Verhalten wird durch eine strukturelle Verbindung der betroffenen Märkte bestimmt, die sich insbesondere aus sachlichen Angewiesenenrelationen in der Wertschöpfungskette ergeben kann<sup>28</sup>.

Offen blieb zunächst die Frage, ob diese Rechtsprechung auch auf Fälle zu übertragen war, in denen das beherrschende Unternehmen Produkte oder Leistungen, die für eine Tätigkeit auf dem beherrschten Markt notwendig sind, von vornherein gar nicht vermarktet<sup>29</sup>. Da nicht an ein (Fehl-)Verhalten in bestehenden Marktbeziehungen angeknüpft wird, scheint zunächst jeder Rückgriff auf Argumente des Marktmacht-Transfers abgeschnitten. Vielmehr schiebt sich der Gesichtspunkt der Essentialität von Produktionsmitteln ganz in den Vordergrund. Trotzdem griff der EuGH im Fall *Magill* auf die Linie von *Commercial Solvents* zurück und nahm einen Zwang zur Lizenzerteilung an, um das durch die Urheberrechte abgeschirmte faktische Monopol an den Programminformationen, das als „bottleneck“ für den Programmführermarkt wirkt, nicht die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt bestimmen zu lassen<sup>30</sup>.

Spätestens mit dem *IMS*-Urteil ist deutlich, dass sich der EuGH immer weiter von dem Art. 82 EG eigenen Ausgangspunkt einer bloßen Missbrauchsaufsicht von Marktmacht entfernt und sich stattdessen der Regulierung eines bereits beherrschten Marktes durch Steuerung von dessen Input nähert. Wenn es für die Unterscheidung zwischen vor- und nachgelagerten Märkten genügt, dass ein potenzieller oder auch nur hypothetischer vorgelagerter Markt bestimmt werden kann<sup>31</sup>, so wird dem Zwei-Märkte-Kriterium der Machttransfer-Dogmatik nur noch formal Genüge getan. Im Ergebnis reduziert sich der Aufweis zweier miteinander verbundener Märkte auf das Verhältnis zweier Produktionsstufen. Tatsächlich ist dies die Aussage des *Gerichtshofs*, wenn er es bei der Bestimmung des hypothetischen Marktes für entscheidend hält, dass „zwei Produktionsstufen unterschieden werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist“<sup>32</sup>.

## 2. Unentbehrlichkeit des Vorprodukts durch de facto-Standardisierung

Damit wird die Unerlässlichkeit des Inputs für die Tätigkeit auf dem relevanten Markt zum zentralen Prüfungspunkt<sup>33</sup>. Es darf weder ein tatsächlicher noch ein potenzieller (entwickelbarer) Ersatz für das Vorprodukt existieren, wobei die Entwicklung von Alternativprodukten auf Grund technischer, rechtlicher oder wirtschaftlicher Hindernisse unzumutbar erschwert sein muss<sup>34</sup>. Eine solche Unzumutbarkeit kann sich insbesondere daraus ergeben, dass das Vorprodukt zu einem de facto-Standard am Markt geworden ist. Das bestätigt der EuGH, indem er die intensive Einbeziehung der Kunden in die Entwicklung der Struktur und die aus ihr folgende Abhängigkeit der Nutzer von dem Vorprodukt berücksichtigen will<sup>35</sup>. Nach den Feststellungen der Kommission war die Bausteinstruktur eine De-

facto-Industrienorm, die als „gemeinsame Sprache“ für den Informationsaustausch zwischen allen Beteiligten in der pharmazeutischen Industrie fungierte<sup>36</sup>. De facto-Standards können aber nicht nur durch Quasi-Normierungen, sondern auch durch ökonomische Netzwerkeffekte entstehen, sofern sich ein Informationsprodukt am Markt durchgesetzt hat („tipping“). In beiden Fällen entstehen für die Nutzer erhebliche „switching“-Kosten bei der Umstellung auf ein alternatives Produkt. Sind diese prohibitiv hoch, so spricht man von einem „lock in“-Effekt. Ein betroffener Markt ist auf absehbare Zeit nicht angreifbar. Handelt es sich um einen vorgelagerten Markt, wirkt er wie ein „bottleneck“ für die nachgelagerte Wertschöpfungsstufe.

Durch den besonderen Umstand der faktischen Standardisierung aber tritt genau das ein, was normalerweise gerade nicht der Fall ist: das Schutzrecht grenzt einen Monopolmarkt ab<sup>37</sup>. Fallen die Kontrollbefugnisse des geistigen Eigentums mit der Kontrollierbarkeit eines Marktes zusammen, so kommt es zu einer kartellrechtlichen Modifikation der Freiheiten des Schutzrechtsinhabers. Der Grund für die Abschirmung des Monopols durch das Schutzrecht ist dabei durchaus zu berücksichtigen. Das hat jüngst der BGH in seiner Entscheidung *Standard-Spundfass* bestätigt. Danach wird der grundsätzlich weite Spielraum, der auch einem marktbeherrschenden Patentinhaber für die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Lizenzinteressenten zukommt, dadurch eingeschränkt, dass die marktbeherrschende Stellung nicht allein aus der der Erfindung zu Grunde liegenden Leistung resultiert, sondern auch darauf beruht, dass der Zugang zu einem nachgelagerten Produktmarkt auf Grund einer Normierung von der Verwendung gerade des Schutzgutes abhängig ist. Denn in diesem Fall sei es die Normierung, die es erschwere, dass sich das Patent im Wettbewerb mit abweichenden technischen Lösungen bewähren müsse<sup>38</sup>.

## 3. Geistiges Eigentum und Folgemärkte

Zum wettbewerbsrechtlichen Problem wird ein schutzrechtlich abgeschirmter faktischer Standard freilich erst durch seine Auswirkungen auf nachfolgende Wertschöpfungs- und Wettbewerbsstufen. Betrachtet man allein die Stufe des geschützten Produkts, so überschreitet selbst das

24) Vgl. etwa auch *Schröter*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), EU/EG, Art. 82 Rdnr. 129.

25) Vgl. *Heinemann* (o. Fußn. 6), S. 449.

26) *EuGH*, Slg. 1996, I-5951 Rdnrn. 27 und 28 – *Tetrapak II*. Dort wendet der *EuGH* Art. 82 EG sogar auf ein Verhalten an, das auf einem Drittmarkt stattfindet und sich dort auswirkt, verlangt aber eben jene enge Verbindung zwischen dem beherrschten und dem Drittmarkt.

27) *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. (2004), § 18 Rdnr. 20, sprechen von „strukturellen Verbindungen“ zwischen den betroffenen Märkten.

28) Z. B. *Rohstoff/Derivat*, *Fernsehwerbesendung/Telemarketingdienstleistungen*.

29) Möglich ist auch, dass die Leistung zwar angeboten wird, aber zu deutlich schlechteren Bedingungen als für die eigenen Dienste, vgl. *Kommission*, *Common Market Law Review* (CMLRev) 1992, 255 – *Sealink I*.

30) *EuGH*, Slg. 1995, I-743 Rdnr. 56 = *EuZW* 1995, 339 – *Magill*.

31) *EuGH*, *EuZW* 2004, 345 Rdnr. 44 – *IMS Health*.

32) *EuGH*, *EuZW* 2004, 345 Rdnr. 45 – *IMS Health*.

33) Konnte man bereits unter *Magill* und *Bronner* eine weitgehende Überschneidung zwischen den Kriterien der Unentbehrlichkeit der Vorleistung und der Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt feststellen, so verliert Letzteres seine eigenständige Bedeutung, wenn es mit dem Vorliegen des ersten bejaht wird. Vgl. *Höppner*, *EuZW* 2004, 748 (750).

34) *EuGH*, *EuZW* 2004, 345 Rdnr. 28 – *IMS Health*; zuvor schon *EuGH*, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 44 = *EuZW* 1999, 86 m. Anm. *Ehle – Bronner*.

35) *EuGH*, *EuZW* 2004, 345 Rdnr. 29 – *IMS Health*: ein Umstellen auf anders strukturierte Absatzberichte wäre für die Kunden mit einem solchen technischen und wirtschaftlichen Aufwand verbunden, dass ein Absatzdienst auf neuer Grundlage zwangsläufig zu unrentablen Konditionen anbieten müsste.

36) *Kommission*, *ABIEG* 2002/165/EG, Rdnr. 89 – *NDC Health/IMS Health*.

37) In diesem Sinne *BGH*, *GRUR* 2004, 966 (967 f.).

38) *BGH*, *GRUR* 2004, 966 (968).

Zusammentreffen von Immaterialgüterrecht und Standardisierung noch nicht die Aufgreifschwelle. Die Standardisierung mag zwar den Aufbau von Marktmacht begünstigen. Die rechtliche Unangreifbarkeit dieses Zustands, die durch das Ausschließlichkeitsrecht vermittelt wird, müsste jedoch hingenommen werden, wenn man mit der Inzitationschutzfunktion des Immaterialgüterrechts ernst macht. Das gilt zumindest dann, wenn für einen Substitutionswettbewerb ausreichend Raum verbleibt und das gewährte Schutzrecht nicht in den gemeinfreien Raum reicht – wofür im *IMS*-Fall freilich Anzeichen bestanden<sup>39</sup>. Die eigentliche Gefahr für den Wettbewerb besteht darin, dass durch den immaterialgüterrechtlichen Schutz des Ausgangsprodukts zugleich eine höherliegende Wertschöpfungsstufe im Hinblick auf den Wettbewerb downstream abgeschlossen wird. Wäre der herausgebildete Standard offen, so könnten mehrere Unternehmen auf der nachgelagerten Marktstufe im Angebot eines differenzierteren Service konkurrieren.

Die Unterscheidung eines hypothetischen vorgelagerten Marktes für die Bausteinstruktur von dem relevanten Markt für die Lieferung von Absatzdatenberichten durch den *EuGH* im Fall *IMS* steht und fällt mit der Existenz eines „Mehrerts“ zwischen den beiden Marktstufen<sup>40</sup>. Nur dadurch werden sie überhaupt unterscheidbar und nur in der Ermöglichung einer Konkurrenz um die Schaffung dieses Mehrerts liegt die Rechtfertigung für einen Rückgriff auf die essential facilities doctrine, die nach herrschender Meinung im Europäischen Wettbewerbsrecht nur insofern anzuerkennen ist, als sie sich gegen die Ausnutzung einer beherrschenden Stellung richtet, durch die Wettbewerb auf einem anderen Markt beschränkt wird<sup>41</sup>. Ist man wie der Präsident des *EuG*<sup>42</sup> und ein Teil der Literatur<sup>43</sup> der Auffassung, dass die geschützte Bausteinstruktur identisch ist mit den Leistungen, die *IMS* an seine Kunden erbringt, ist die wesentliche Einrichtung selbst der relevante Markt, auf dem die Wettbewerber tätig werden wollen. Dann aber entfällt der für Art. 82 EG maßgebliche Unterschied von materiell-rechtlichem Verstoß und Zugangsgewährung als Abhilfe, die essential facilities doctrine wird zum Regulierungsinstrument<sup>44</sup>. Besteht kein erkennbarer Mehrwert zwischen der Vorleistung und dem Endprodukt, wirkt die Anwendung der Doktrin als indirekter Preisregulator<sup>45</sup>. Das kann nicht die Aufgabe von Art. 82 EG sein.

Die zwangsweise Öffnung des Standards durch das Kartellrecht kommt also nur in Betracht, wenn die Leistungen der Zugangspetenten vertikal auf einer erkennbar anderen Stufe gegenüber dem Ausgangsprodukt liegen. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, ist bei immaterialgüterrechtlich geschützten Produktionsmitteln jedoch weiter zu überlegen, ob dem Rechteinhaber durch die Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts möglicherweise Verwertungsmöglichkeiten nicht nur auf den Märkten für die unmittelbare Nutzung des immateriellen Guts zugewiesen werden, sondern auch auf davon abgeleiteten, auf denen Leistungen unter Verwendung des immateriellen Guts gehandelt werden. Eine solche Erstreckung der Reichweite des Schutzrechts auf Folgemärkte findet etwa im Urheberrecht ihren Rückhalt in der umfassenden Formulierung der Verwertungsrechte in § 15 UrhG und außerdem im so genannten Beteiligungsgrundsatz, nach dem der Urheber tunlichst angemessen am wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen ist, der aus jeder Verwertung seines geschützten Werkes gezogen wird<sup>46</sup>. Ganz in diesem Sinne machten die Fernsehsender im Fall *Magill* geltend, dass es zur „normalen Auswertung des Urheberrechts gehöre, dieses zu benutzen, um den Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen. Der Inhaber eines Urheberrechts werde oft eine Vergütung für seine schöpferische Tätigkeit durch die Herstellung und den Verkauf von Erzeugnissen erzielen, die auf Grund des Urheberrechts geschaffen worden seien, d. h. auf einem abgeleiteten Markt<sup>47</sup>.“ Generalanwalt *Gulman* bestätigte diese Ansicht in seinen Schlussanträgen<sup>48</sup>. Wäre nach dieser als „Eigentumslogik“<sup>49</sup> zu bezeichnenden Sichtweise

mit der Gewährung eines Schutzrechts von vornherein auch eine Aussage über die Zuweisung von abgeleiteten Märkten an den Rechtsinhaber verbunden, so erhöhte dies jedenfalls den Rechtfertigungsdruck für einen kartellrechtlichen Eingriff gegenüber den auf Sacheigentum bezogenen Fällen von Machttransfer durch Ausnutzung der Abhängigkeit von Ausgangsprodukten oder -dienstleistungen.

#### 4. Neuheitserfordernis

Dies könnte erklären, warum der *EuGH* in *IMS* kumulativ zu den beschriebenen außergewöhnlichen Umständen fordert, dass die Lizenzverweigerung das Auftreten eines neues Erzeugnisses verhindert, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht<sup>50</sup>. Damit schafft der *EuGH* eine auf die Besonderheiten der Verwertung von Schutzrechten zugeschnittene Lösung von Geschäftsverweigerungsfällen<sup>51</sup>. Denn im Lichte der essential facilities-Doktrin wäre die Neuheit des durch die Zugangsverweigerung verhinderten Produkts nicht erforderlich gewesen. Entscheidend wäre allein, dass der Inhaber der wesentlichen Einrichtung sich den abgeleiteten Markt überhaupt vorbehält; er müsste den Dritten Zugang auch dann gewähren, wenn diese die gleiche Art von Produkt oder Leistung wie er selbst anzubieten beabsichtigen<sup>52</sup>. Insofern der *EuGH* gleichwohl vom Zugangspetenten das Angebot eines neuen Erzeugnisses verlangt, verbietet sich jede vorschnelle Auflösung immaterialgüterrechtlicher Fälle wie *Magill* und *IMS* in der bekannten essential facilities-Lehre. Vielmehr wird durch das Neuheitserfordernis offenbar jener Legitimationsbaustein geliefert, der für einen Eingriff in einer essential facilities-Situation zusätzlich erforderlich ist, wenn die Kon-

39) Nach den Feststellungen der Kommission waren die Möglichkeiten zum Aufbau einer alternativen Struktur, abgesehen vom Problem der Standardisierung, sehr begrenzt und zwar aus Sachzwängen (Bezugsgrößen wie Postleitzahlen sind feststehendes Allgemeingut) und aus rechtlichen Erwägungen (Beachtung des Datenschutzes). Vgl. Kommission, 3. 7. 2001, COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Einstweilige Anordnung, ABIEG 2002/165/EG, Rdnrn. 127 ff.; a. A. jedoch das *OLG Frankfurt a. M.*, MMR 2003, 45 (49).

40) Vgl. die Unterscheidung der Kommission, die bei *GA Tizzano*, Schlussanträge, Rs. C-418/01, Rdnr. 43 – *IMS/NDC* wiedergegeben wird.

41) Vgl. stellvertretend *Mestmäcker/Schweitzer* (o. Fußn. 27), § 18 Rdnr. 57.

42) Vgl. *EuG*, Slg. II 2001, 3193 Rdnrn. 76 ff. (106).

43) Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer* (o. Fußn. 27), § 18 Rdnr. 57 und § 28 Rdnr. 129.

44) Vgl. die Kritik von *Mestmäcker/Schweitzer* (o. Fußn. 27), § 18 Rdnr. 58, Fußn. 88, an dem Ansatz von *Temple Lang*, *Fordham Corp. L. Inst.* (1994), 245 (280).

45) Vgl. *Höppner*, *EuZW* 2004, 748 (751).

46) Vgl. etwa *BGH*, GRUR 1974, 786 (787); *BGHZ* 17, 266 (282); *BGHZ* 129, 66 (72) = *NJW* 1995, 1556; st. Rspr.

47) Vgl. die Darstellung bei *GA Gulmann*, Schlussanträge, Slg. 1995, I-743 Rdnr. 107 (Hervorhebung hinzugefügt).

48) Vgl. *GA Gulmann*, Slg. 1995, I-743 Rdnr. 112.

49) Ausdruck bei *Dreier* in: *Schricker* (o. Fußn. 3), S. 71, 75 der aber zutreffend darauf hinweist, dass die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nur einen Kernbereich schützt. Vgl. *BVerfGE* 31, 229 (241), wonach „nicht jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert“ ist. Jenseits dieses Kernbereichs können durchaus andere Ordnungsgesichtspunkte die rechtliche Verfassung von Folgemärkten leiten.

50) Vgl. *EuGH*, *EuZW* 2004, 345 Rdnr. 38 – *IMS Health*, Ebenso bereits *GA Tizzano*, Schlussanträge, Rs. C-418/01, Rdnr. 66 – *IMS/NDC*. In *Magill* konnte man noch den Eindruck gewinnen, durch das Neuheitserfordernis werde eine alternative, auf Art. 82 lit. b EG gestützte Begründung des Missbrauchs gegeben, die neben den Vorwurf des Machttransfers tritt.

51) Das deutete der *Gerichtshof* selbst in dem Urteil zum Fall *Bronner* an, in dem er sich zurückhaltend gegenüber der Übertragbarkeit der *Magill*-Kriterien auf einen essential facilities-Fall ohne immaterialgüterrechtlichen Hintergrund zeigte. Vgl. *EuGH*, *EuZW* 1999, 86 Rdnr. 41 – *Bronner*.

52) Zu den Voraussetzungen der essential facilities-Lehre vgl. *Heinemann* (o. Fußn. 6), S. 513.

trolle des Zugangs zu einem abgeleiteten Markt gerade durch ein Recht des geistigen Eigentums vermittelt wird<sup>53</sup>.

Das Neuheitserfordernis selbst ist dabei Ausdruck einer markt-evolutionistischen Betrachtungsweise. Der *EuGH* will das Interesse des Schutzrechtsinhabers an seiner durch das geistige Eigentum vermittelten wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nur dann gegenüber dem Schutz des freien Wettbewerbs zurücktreten lassen, „wenn die Verweigerung der Lizenz die *Entwicklung des Marktes* zum Nachteil der Verbraucher verhindert<sup>54</sup>“. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kommt es darauf an, dass das Entdeckungsverfahren auf dem abgeleiteten Markt offen gehalten wird. In der Einführung eines neuen Produkts aber manifestiert sich gerade dieser Entdeckungsprozess: Es realisiert sich das Innovationspotenzial des abgeleiteten Marktes. Mit dem Neuheitserfordernis bestätigt der *EuGH* demnach die Funktionsbindung der Schutzrechte an den Wettbewerb. Schutzrechte sind Mittel zum Wettbewerb; dieser allein ist es, durch den neue Informationsgüter hervorgebracht werden<sup>55</sup>. Gleichzeitig besitzen Immaterialgüterrechte ein erhebliches Potenzial zur Kontrolle nachfolgender Innovation. Nutzt der Rechteinhaber das ihm zur Hand stehende Kontrollpotenzial, um die Weiterentwicklung eines bestehenden Marktes zu verhindern, wird genau das verhindert, um dessentwillen das Schutzrecht verliehen wurde.

Neuheit des Produkts des Zugangspetenten ist freilich nur zu verlangen, soweit dieser das Schutzgut auf die gleiche Art nutzen möchte wie der Rechteinhaber, also auf dem gleichen Folgemarkt tätig werden will, auf dem der Rechteinhaber Produkte unter Verkörperung des Informationsgehalts des Schutzgegenstandes herstellt (wie regelmäßig bei Mehrwertprodukten). Bezieht sich die Angewiesenheit auf den Zugang zur geschützten Information dagegen auf ein anderes, eigenständig geschütztes Informationsprodukt, das der Zugangspetent auf einem anderen Markt anbietet (wie regelmäßig bei bloß kompatiblen Produkten), so reichen grundsätzlich die bekannten Machttransfer-Kriterien. Hier würde durch die Zugangsverweigerung die Entwicklung eines anderen Marktes als dem, auf dem der Schutzrechtsinhaber sein geschütztes Produkt ausbeutet, beeinträchtigt<sup>56</sup>. Infolge der grundsätzlichen Verschiedenartigkeit der Produkte, die sich in der Abgrenzbarkeit unterschiedlicher Märkte niederschlägt, bedarf es keiner zusätzlichen Legitimation, die der Anerkennung einer eigenständigen Leistung und ihrer marktlichen Ausbeutbarkeit, die mit der Zuerkennung von Schutzrechten verbunden ist, Rechnung trüge. Mit Blick auf den *Microsoft*-Fall spricht im Gegenteil gerade die Dekompilierungsvorschrift des Art. 6 der Richtlinie 91/250/EWG als Ausnahme vom Ausschließlichkeitsschutz dafür, dass die Herstellung bloß kompatibler Programme – und damit auch entsprechende Märkte – gerade nicht durch den Schutzrechtsinhaber kontrolliert werden können soll. Das Immaterialgüterrecht selbst enthält insofern eine klare Begrenzung der Reichweite des Schutzrechts im Wettbewerb<sup>57</sup>.

An die Neuheit des Produkts, das heißt an den Grad seiner Weiterentwicklung gegenüber dem bisher durch den Rechteinhaber angebotenen Produkts, dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Das ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Prüfungselemente im Urteil zum *IMS*-Fall. Hier könnte der Zugangspetent ein grundlegend neues Produkt auf dem abgeleiteten Markt nur anbieten, wenn die zu Grunde liegende Bausteinstruktur und damit das Produkt auf dem vorgelagerten Markt verändert würde. Eine solche Veränderung, die Schaffung einer alternativen Bausteinstruktur, soll aber voraussetzungsgemäß gerade nicht möglich sein, andernfalls das Kriterium der Unentbehrlichkeit nicht erfüllt wäre. Die Kunden würden ein Abweichen der Absatzberichte von der unter ihrer Mitwirkung entwickelten Struktur nur akzeptieren, wenn es sich um eine gleichsam revolutionäre Strukturverbesserung (eine Art „killer application“) handeln würde, bei der die Kosten des Wechsels von den Vorteilen, die mit der neuen Struktur verbunden wären, weit überwogen würden. In diesem Fall aber wäre das neu in den abgeleiteten Markt eintretende Unternehmen gar nicht auf den

Zugangsanspruch angewiesen. Andererseits darf es aber auch nicht zur bloßen Imitation des bereits vom Rechteinhaber angebotenen Produkts kommen. So erklärte der *Gerichtshof* im *Volvo*-Urteil die Lizenzverweigerung deshalb nicht für missbräuchlich, weil der Zugangspetent nichts anderes wollte, als die Erzeugnisse des Geschmacksmusterinhabers nachzuahmen und original *Volvo*-Ersatzteile herzustellen<sup>58</sup>. Es geht demnach um die Bestimmung eines hinreichenden Maßes der Abweichung zwischen dem alten und dem mit diesem auf dem abgeleiteten Markt in Konkurrenz tretenden neuen Produkt, die ablesbar wird an einer jedenfalls potenziellen Nachfrage der Verbraucher nach dem neuen Erzeugnis<sup>59</sup>.

##### 5. Die wettbewerbsrechtliche Verfassung von verbundenen Informationsmärkten

Es reicht nicht aus, Schutzrechte an Immaterialgütern zu schaffen und dann auf die Wirkung des Marktes zu vertrauen. Vielmehr muss die Eigenart der Wettbewerbsprozesse berücksichtigt werden, die aus der Inanspruchnahme der mit dem Schutzrecht gewährten Handlungsfreiheit auf einem Markt entstehen<sup>60</sup>. Ergibt sich eine Situation, in der Dritte allein durch die Nutzung der geschützten Information auf dem entsprechenden Markt tätig werden können, so gerät das Schutzrecht zur Schranke für den Marktzugang und der marktbeherrschende Rechteinhaber muss sich bestimmte Einschränkungen durch das Kartellrecht gefallen lassen, die auf das Offenhalten des nachgelagerten Marktes für Innovationswettbewerb abzielen. Die Herausbildung einer solchen Marktsituation kann unterschiedliche Gründe haben. In der modernen Informationsökonomie ergibt sie sich häufig aus Standardisierungs- und Netzwerkeffekten, aber auch im Rahmen von Wertschöpfungsketten, auf denen Grundinformationen auf „Mehrwertstufen“ weiterverwendet werden. Die Faktoren können auch zusammentreffen.

In diesen Fällen kann es nicht zu der mit der Gewährung des Schutzrechts erhofften Substitutionskonkurrenz kommen; das Schutzrecht sichert vielmehr die Marktbeherrschung ab<sup>61</sup>. Materiell stellt sich der kartellrechtliche Eingriff als Regulierung des relevanten Marktes dar, der erforderlich wird, weil immaterialgüterrechtliche Begrenzungsregelungen, die sonst einer wettbewerbshindernden Ausdehnung der Reichweite des Schutzrechtes entgegenwirken, fehlen oder unzureichend oder schlicht nicht antizipierbar sind. Kartellrecht wird bei der rechtlichen Verfassung von Folgemärkten insofern funktionsäquivalent zum Immaterialgüterrecht, indem es Handlungsmöglichkeiten auf dem Folgemarkt zuweist.

Das wird auch daran deutlich, dass zusätzlich zu den bekannten Kriterien für mißbräuchlichen Machttransfer die „Neuheit“ des vom Zugangspetenten anzubietenden Produkts verlangt wird. Dies erinnert an typische immaterial-

53) Es dürfte kein Zufall sein, dass der *Gerichtshof* an dieser Stelle (Rdnr. 48) die Ausführungen des GA zur Abwägung (vgl. Schlussanträge, Rdnr. 62) zitiert.

54) *EuGH*, EuZW 2004, 345 Rdnr. 48 – *IMS Health* (Hervorhebung hinzugefügt).

55) Vgl. *Ullrich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 1997, GRUR B, Rdnr. 23.

56) So liegt es im *Microsoft*-Fall. Hier geht es darum, dass auf Grund der Notwendigkeit eines reibungslosen Datenaustauschs zwischen Server/Client und Server/Server in Netzwerken einerseits und der Dominanz von *Microsoft* bei Client-Betriebssystemen andererseits eine Angewiesenheit der Hersteller des einen Produkts (Server-Betriebssysteme) auf volle Interoperabilität mit einem bestimmten anderen Produkt (*Microsofts* Client-Betriebssystem) entstanden ist.

57) Zum wettbewerbsrechtlichen Charakter von § 69e UrhG vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (o. Fußn. 9), § 69e Rdnr. 1; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG, 2. Aufl. (2000), § 69e Rdnr. 10.

58) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-6211 Rdnr. 8 = NJW 1990, 628 – *Volvo/Veng*.

59) Vgl. *EuGH*, EuZW 2004, 345 Rdnr. 49 – *IMS Health*.

60) Grundlegend zum Zusammenhang zwischen Handlungsfreiheiten und den aus ihrer Ausübung hervorgehenden Prozessen vgl. *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235 (247).

61) Vgl. *Ullrich*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 55), GRUR B, Rdnr. 40.

güterrechtliche Qualifikationsmerkmale (technische Neuheit im Patentrecht, individuelle geistige Schöpfung im Urheberrecht), mit deren Hilfe entschieden wird, ob eine Leistung die Zuteilung eines Ausschließlichkeitsrechts verdient. Freilich geht es nicht um die Zuerkennung eines weiteren Schutzrechts. Betroffen ist vielmehr eine „sub-exklusivrechtliche“ Innovationsleistung<sup>62</sup>, deren Berücksichtigung die konkrete Spannung zwischen dem Imitationschutz vermittelnden Ausschließlichkeitsrecht und seinem innovationsblockierenden Einsatz aufzulösen hilft.

Die beschriebene Funktionsäquivalenz verweist auf einen tieferliegenden Zusammenhang: Der kartellrechtliche Eingriff muss seinerseits immaterialgüterrechtliche Wertungen berücksichtigen. Das Kartellrecht reagiert zunächst anhand eigener Maßstäbe auf eine Gefährdung der Wettbewerbsfreiheit durch Marktzutrittschranken. Der danach erforderliche Eingriff, der auf die Eröffnung des Zugangs zu einem Markt zielt, stellt sich aus Perspektive des Immaterialgüterrechts als Eröffnung des Zugangs zu einem Nutzungsrecht und damit als Schranke dieses Rechts dar. Diese ist auf ihre Vereinbarkeit mit immaterialgüterrechtlichen Vorschriften und den zu Grunde liegenden Wertungen zu befragen<sup>63</sup>. Der Idee nach handelt es sich um ein rückbezügliches methodisches Verfahren, wonach – ähnlich der verfassungsrechtlichen Wechselwirkungstheorie – die einschränkende Norm ihrerseits im Lichte der eingeschränkten Norm auszulegen ist.

Ergänzt man die kartellrechtliche Prüfung in den erwähnten Fällen um diese „immaterialgüterrechtliche Rückbezüglichkeitsprüfung“, ergibt sich Folgendes. Im Fall *Microsoft* spricht die Existenz von Art. 6 Computerprogramm-Richtlinie gerade für und nicht gegen eine kartellrechtliche Zugangsgewährung, die gleichsam das Regelungsprogramm der urheberrechtlichen Norm vollstreckt. In den Fällen *IMS* und *Magill* gewährt die Rechtsordnung trotz geringer Schutzhöhe ein Ausschließlichkeitsrecht, ohne gleichzeitig deutliche Öffnungsstellen für Wettbewerber zu enthalten. Da der Zugangspetent das Schutzgut auf die gleiche Art verwenden möchte wie der Eigentümer – und eben deshalb auf dem gleichen Markt auftritt – sind Gesichtspunkte

anzugeben, die einer der „Eigentumslogik“ folgenden Er-streckung der Reichweite des Schutzrechts entgegenstehen. Diese sind gegeben, weil und sofern die Nutzung im Zusammenhang mit der Erbringung von weitergehenden Leistungen stattfindet, die einen eigenen leistungsrechtlichen Eigenwert erkennen lassen (müssen). Nur wenn die Leistung des Dritten sich als „neu“ darstellt gegenüber der Leistung, für die der Eigentümer seinen Schutzgegenstand nutzt, ist diesem die kartellrechtlich indizierte Mitnutzung durch einen Wettbewerber zuzumuten.

Auf diese Weise wirken Immaterialgüter- und Kartellrecht bei der rechtlichen Verfassung von verbundenen Märkten für funktionelle Werke<sup>64</sup>, wie sie die moderne Informationsindustrie prägen, zusammen. Die Entscheidungspraxis des *EuGH* liefert wichtige Beiträge, die Entwicklung solcher Märkte wettbewerbsrechtlich offen zu halten. Dazu muss die kartellrechtliche Dogmatik erheblich weiter entwickelt werden. Das verweist auf die Priorität von informationsökonomisch angemessenen Ausgestaltungen des jeweiligen Immaterialgüterrechts.

62) In Anlehnung an den Ausdruck „subpatentable innovations“ von *Reichman*, in: *Dreyfuss et al. (eds.), Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 2001, 23 ff., der damit auf die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung von kumulativer und sequentieller Innovation hinweist, die sich entlang gemeinsamer technologischer Entwicklungspfade abspielt. Im Unterschied dazu folgt etwa das Patentrecht immer noch dem Leitbild der „umstürzenden“ Pionier-Erfindung.

63) Insofern sind die Hinweise von *Eilmansberger* und *Thyri* auf den Stellenwert von Leistungsschutz und Leistungswettbewerb im Rahmen des Schutzzwecks von Art. 82 EG zutreffend. Vgl. *Eilmansberger*, EWS 2003, 12 (17 ff.), und im Anschluss daran *Thyri*, WuW 2005, 388 (397 ff.).

64) Im Fall *Magill* differenzierte die Kommission vor dem *EuG* bei urheberrechtlich geschützten Werken zwischen literarischen und künstlerischen Werken einerseits und funktionellen Werken (v.a. in TK, IT und EDV) andererseits, vgl. *GA Gulmann*, Schlussanträge, Verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 Rdnrn. 134 ff. Die Kritik unterstellte, dass damit Aussagen über die Schutzwürdigkeit getroffen werden sollten, vgl. *Subiotta*, ECLR 1992, 234 (240). Ihren Wert hat die Unterscheidung jedoch in Wirklichkeit darin, auf die gesteigerte Missbrauchsanfälligkeit von Folgemärkten für funktionelle Produkte hinzuweisen.